

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA DE SANTA MERCEDES
- ESTADO DE SÃO PAULO.**

IMPUGNAÇÃO - com fulcro no artigo 41 da Lei Federal n.º 8.666/93.

PREGÃO PRESENCIAL N.º 14/2021

PROCESSO N.º 24/2021

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.,
inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, com sede na Rua Calçada Canopo, 11 - 2º Andar
- Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, e-
mail: licitacao@primebeneficios.com.br, tiago.magoga@primebeneficios.com.br, por
intermédio de seu procurador subscrito *in fine*, vem, respeitosamente, nos termos do art.
41 da Lei Federal n.º 8.666/93, IMPUGNAR O EDITAL, consoante motivos a seguir
determinados:

I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Considerando que a IMPUGNANTE é uma empresa que exerce a atividade compatível com o objeto da licitação e, portanto, pretensa licitante, o prazo para impugnação é de até o 2º dia útil que antecede a abertura das propostas, conforme art. 41 da Lei n.º 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

[...]

§ 2º - Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei 8.666/1993, da seguinte forma:

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade. (grifo nosso)

Segundo, a contagem deve ser iniciada de trás para frente, excluindo o dia da abertura, conforme quadro ilustrativo abaixo:

Terça	Quarta	Quinta	Sexta	Final de Semana	Segunda
14/09/21	15/09/21	16/09/21	17/09/21	18 e 19/09/21	20/09/21
		2º dia útil Término da contagem. <u>Inclui-se este dia</u>	1º dia útil		Abertura das propostas Início da contagem <u>Exclui-se este dia</u>

Sendo assim, é de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com 02 (dois) dias úteis anteriores a data da abertura da licitação.

II - DO PRAZO PARA RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

Como regra, a impugnação ao edital não tem efeito suspensivo em relação à realização do certame. Mas, é obrigação do Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, **como determina o art. 12 do Decreto n.º 3.555/2000, tendo em vista a omissão das citadas normas de regência:**

Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

*§ 1º - **Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.***

Dessa forma, o pregoeiro deverá apresentar resposta dentro do prazo legal, sob pena de invalidação do certame, pois, diante do silêncio restará inviável a formulação adequada e satisfatória das propostas.

III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia **20/09/2021 as 09:00 horas**, a abertura do **Pregão Presencial n.º 14/2021**, para o seguinte objeto:

“Contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de gerenciamento do abastecimento de combustíveis de veículos e outros serviços prestados por postos credenciados, por meio de implantação e operação de um sistema informatizado e integrado com utilização de cartão magnético ou microprocessado e disponibilização de Rede Credenciada de Postos de Combustíveis no Estado de São Paulo, de forma a garantir a operacionalização da frota da Prefeitura Municipal de Santa Mercedes-SP.”

Em detida análise ao edital constatou-se ilegalidades. Sendo assim, serve a presente para demonstra-las, uma vez que pode gerar uma contratação temerária, consequentemente não selecionando a proposta mais vantajosa.

PONTO 01 - DA AUSÊNCIA DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA

Antes de qualquer outra argumentação, impende já registrar que **o art. 32 da Lei nº 8.666/93 determinou que os documentos de habilitação, previstos nos artigos 28 a 31 da mesma lei, somente podem ser dispensados, no todo ou em parte, nos casos especiais, o que não é o caso desta licitação.**

A Lei Federal nº 13.243, de 2016, alterou a Lei Geral de Licitação n.º 8.666/93, acrescentou o § 7º ao art. 32, determinando que os documentos de habilitação, previstos nos artigos 28 a 31 da mesma lei, somente podem ser dispensados, no todo ou em parte, nos casos especiais, o que não é o caso desta licitação.

Antes da referida lei ter alterado a Lei Geral de Licitação (8.666/93), até poderia existir entendimento que seria um rol limitativo mas não obrigatório.

Porém, o que muitos órgão não conseguem entender é que, a partir de 2016, o § 7º tornou obrigatório exigir os documentos do art. 28 a 31.

Não é raro encontrar citação de doutrina, cuja obra é anterior ao ano de alteração da lei, para justificar que o rol de documentos previstos nos artigos 28 a 31, são meramente limitativos, cabendo a Administração, conforme sua conveniência, determinar quais deverão ser exigidos.

No entanto, a LEI é clara, ao determinar que não podem ser dispensados no TODO ou EM PARTE, somente nos casos especificados pela própria lei.

Claro está, portanto, que a **disposição legal do art. 31 da Lei 8.666/1993 é OBRIGATÓRIA, por força do § 7º do art. 32 da mesma lei, in verbis:**

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

[...]

*§ 7º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo **poderá ser dispensada, nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento,** desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea "a" do inciso II do caput do art. 23. **(Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)***

Ora, não sendo aquisição de produto para pesquisa e desenvolvimento, a exigência de tais documentos se torna obrigatória, conforme bem alinhado pelo TCU antes mesmo deste parágrafo ser incluído na Lei de licitação no ano de 2016.

Neste sentido, o TCU proferiu o seguinte acórdão:

“Enunciado

A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada ao TCU pela empresa Link Card Administração de Benefícios Ltda. contra o edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) para o “fornecimento de cartões combustível pós-pagos” para a frota de veículos daquela unidade.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276, § 1º, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da presente representação e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. revogar a medida cautelar adotada no processo, autorizando o TRE/ES, excepcionalmente, a dar prosseguimento ao Pregão Eletrônico 7/2018;

9.3. dar ciência ao Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) de que **a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira** identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017) **afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993;**

9.4. arquivar o processo. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de abril de 2018 – Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO”

No entanto, de acordo com os termos do edital não se está exigindo a **qualificação econômico-financeira**, conforme determina a legislação e jurisprudência do TCU, previstas no artigo 31 da Lei n.º 8.666/93.

A legislação prevê expressamente que, com a **finalidade de se comprovar a boa situação financeira da empresa (QUALIFICAÇÃO ECONOMICA E FINANCEIRA)**, **deve ser exigido das licitantes o balanço patrimonial, índices econômicos e a certidão negativa de falência** pois são documentos idôneos para demonstrar de fato a saúde financeira de qualquer sociedade empresária.

Uma simples certidão atestando que inexistente processo judicial de falência não tem o condão de, sozinha, comprovar a capacidade econômica de uma empresa (inc. III da cláusula 12.1 do edital).

Aliás, pelo contrário, quando existir esse registro, significa que, em tese, a empresa já foi à *bancarrota*, de modo que a “*Inês é morta*”.

No entanto, nem esta Certidão está sendo exigida !

Ou seja, qualquer empresa, inclusive as que estiverem em processo de falência poderão participar do certame, cujo objeto é de suma importância para o município de Pontes e Lacerda por cuidar dos abastecimentos da frota da municipalidade, inclusive ambulâncias e serviços essenciais.

Ressalta-se que a administração pública se encontra vinculada não só ao edital, mas também aos princípios norteadores da Licitação, entre eles o princípio da legalidade, disposto tanto no Art. 37 da Constituição Federal como em praticamente toda norma referente à Administração Pública na legislação brasileira.

Assim, a expedição de Edital de licitação do qual carecem requisitos mínimos previstos na Lei Federal nº 8.666/93 é um ato administrativo manifestamente ilegal, devendo ser anulado e revisto.

Neste sentido, **o TCU proferiu o seguinte acórdão na Representação de autoria da empresa PRIME:**

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **Representação, com pedido de medida cautelar, oferecida por Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda.** a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico 4/2021, a cargo da Justiça Federal de 1º Grau da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul (JF/RS) , que tem por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração e gerenciamento de abastecimento de combustíveis e outros serviços, a fim de atender às necessidades da JF/RS;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da Representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, VII, do

Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014;

9.2. indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelo representante, tendo em vista a inexistência dos elementos necessários para sua adoção;

9.3. **no mérito, considerar a Representação parcialmente procedente;**

9.4. dar ciência à Justiça Federal de Primeiro Grau/Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, **sobre as seguintes impropriedades/falhas**, identificadas no Pregão Eletrônico 4/2021, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:

9.4.1. **a ausência da exigência da comprovação da qualificação técnica e econômico-financeira das licitantes infringe o previsto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993 e está em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal, conforme Acórdão 891/2018-TCU-Plenário, Ministro Relator José Múcio Monteiro;**

9.5. informar à Justiça Federal de Primeiro Grau/Seção Judiciária do Rio Grande do Sul (JF/RS) e ao representante deste Acórdão, destacando que o relatório e o voto que o fundamentam podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos;

9.6. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU. Número do Acórdão

ACÓRDÃO 715/2021 – PLENÁRIO – Relator RAIMUNDO CARREIRO. Processo 008.954/2021-6. Data da sessão 31/03/2021.

Este entendimento é comungado em outra decisão do TCU:

“Enunciado

A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada ao TCU pela empresa Link Card Administração de Benefícios Ltda. contra o edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) para o “fornecimento de cartões combustível pós-pagos” para a frota de veículos daquela unidade.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276, § 1º, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da presente representação e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. revogar a medida cautelar adotada no processo, autorizando o TRE/ES, excepcionalmente, a dar prosseguimento ao Pregão Eletrônico 7/2018;

9.3. dar ciência ao Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) de que ***a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira*** identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018

(Processo 26.659/2017) **afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993;**

9.4. arquivar o processo. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de abril de 2018 – Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO”

O TCE/MG entende perfeitamente à disposição da lei, inclusive sobre a obrigatoriedade de as empresas ME e EPP de apresentarem o Balanço Patrimonial nas licitações, exceto nos casos de dispensa do documento previsto exatamente no art. 32 da lei n.º 8.666/93, conforme se verifica no Informativo de Jurisprudência n. 202, 1º de julho a 15 de agosto de 2019 ¹, que assim registrou:

*Em exame ao questionamento formulado, acerca da possibilidade de a administração pública dispensar o balanço patrimonial das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o relator ressaltou que a Administração Pública deve exigir das microempresas e empresas de pequeno porte a qualificação financeira do licitante, por meio do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social que demonstrem sua saúde financeira, quando for necessário para aferir se o promitente contratante possui idoneidade financeira para atender satisfatoriamente o objeto a ser contratado. Assim, em que pese o regime jurídico fiscal diferenciado de determinadas categorias empresariais, **a Lei Complementar n. 123/06 permite às microempresas e empresas de pequeno porte a apresentação de declaração fiscal simplificada, mas não as exige da elaboração do balanço patrimonial, exigida no art. 31, I, da Lei n. 8.666/93, caso pretendam participar das licitações**, ainda que somente para atender a essa finalidade específica, sob pena de inabilitação.*

*Não obstante, o relator ponderou que essa exigência **poderá ser dispensada pela Administração nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, conforme previsto no parágrafo 1º do artigo 32 da Lei n. 8.666/93, não competindo, pois, à Administração eleger, conforme sua conveniência, em qual certame irá exigi-la.***

*Embasou sua proposta de redação em matérias já enfrentadas por este Tribunal, nos autos das Denúncias n. 898554, n. 986916 e n. 997561, cujo posicionamento foi no sentido da inexistência de regra geral que dispense essas empresas da elaboração do balanço patrimonial. Destacou, ainda, os entendimentos do Conselheiro Mauri Torres, nos autos da Denúncia n. 911600, no sentido de que: “as microempresas e empresas de pequeno porte que pretendam participar de licitações promovidas pelos órgãos públicos, em que se tenha exigido, como requisito de qualificação econômico-financeira, a apresentação de balanço patrimonial, nos moldes previstos pelo art. 31, I, da Lei n. 8.666/93, deverão elaborá-lo e apresentá-lo, ainda que somente para atender a essa finalidade específica, sob pena de inabilitação”, e da conselheira Adriene Andrade, nos autos da Denúncia n. 1040543, nos seguintes termos: “de início, resalto que **o §1º do art. 32 da Lei n. 8.666/93 prevê, de forma expressa, que a administração pública, nas hipóteses de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, poderá***

¹ <https://www.tce.mg.gov.br/noticia/Detalhe/1111623927#8>

dispensar, no todo ou em parte, os documentos de habilitação de que tratam os artigos 28 a 31 daquela lei, estando, portanto, incluídos os documentos relativos à qualificação técnica (art. 30) e os relativos à qualificação econômico-financeira (art. 31) (...)”.

Vencidos os conselheiros Gilberto Diniz e Cláudio Couto Terrão, que propuseram que a Consulta fosse respondida nos seguintes termos: “o instrumento convocatório do procedimento licitatório poderá prever dispensa de todos os interessados, sejam ou não micro empresas e empresas de pequeno porte, apresentarem balanço patrimonial do último exercício social, para fins de qualificação econômico-financeira, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, nos termos do §1º do artigo 32 da Lei n. 8.666/93. (Consulta n. 1007443, Rel. Cons. Durval Ângelo, 14.08.2019). Vídeos das sessões de julgamento: [TVTCE 44m54s](#)/[TVTCE 16m57s](#)/[TVTCE 22m37s](#)/[TVTCE 1h49m39s](#)

A questão é de suma importância, ainda mais no ramo de gerenciamento de Frota. Para exemplificar, se eventualmente a Contratante não realizar o pagamento à Contratada Gerenciadora, esta deverá cumprir com os prazos de pagamentos acordados com a Rede Credenciada, mediante contrato privado, para que não haja recusa de prestação de serviços por partes destes.

A gerenciadora, futura contratada, deve comprovar que tem uma boa saúde financeira para suportar o contrato.

Entretanto, algumas empresas, para fazer prova desta condição, fazem alterações no Balanço Patrimonial, de forma a maquiá-lo e poder se sagrar vencedora do certame.

Portanto, além de ser obrigatório, evita-se contratar com empresa inidônea e ter problemas na execução do contrato.

Sendo assim, **busca-se a inclusão da exigência de qualificação econômico-financeira nos moldes estabelecidos pelos artigos 27, 31 e 32 da Lei 8.666/93 para todas as empresas.**

**PONTO 02 - DA FALTA DE EXIGÊNCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA
ATESTADO E (+) DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA
COMPROVAÇÃO**

No mesmo sentido, o edital não exige a apresentação de atestado de capacidade técnica, em que pese constar a Constituição Federal determinar a inclusão de exigência de qualificação técnica nos procedimentos licitatórios.

Para dar azo a obrigatoriedade de se incluir nos editais de licitação exigência de qualificação técnica, necessário indicar os comandos legais aplicáveis:

CF/88

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, **serviços**, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.***

A Lei Geral de Licitações, a qual regulou este dispositivo constitucional, estabeleceu quais documentos atenderiam ao termo “indispensáveis” em seus artigos 27 a 31, *in verbis*:

*Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a:*

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal;

[...]

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - *prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.*

§ 1º *A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:*

I - *capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;*

Claro está que as **disposições legais do art. 30, §§ 1º da Lei 8.666/1993 são OBRIGATÓRIAS**, por força do § 7º do art. 32 da mesma lei, *in verbis*:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

[...]

§ 7º *A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada, nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea "a" do inciso II do caput do art. 23. **(Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)***

Ora, não sendo aquisição de produto para pesquisa e desenvolvimento, a exigência de tais documentos se torna obrigatória, conforme bem alinhado pelo TCU antes mesmo deste parágrafo ser incluído na Lei de licitação no ano de 2016.

Neste sentido, o TCU proferiu o seguinte acórdão:

"Enunciado

A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada ao TCU pela empresa Link Card Administração de Benefícios Ltda. contra o edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) para o "fornecimento de cartões combustível pós-pagos" para a frota de veículos daquela unidade.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276, § 1º, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da presente representação e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. revogar a medida cautelar adotada no processo, autorizando o TRE/ES, excepcionalmente, a dar prosseguimento ao Pregão Eletrônico 7/2018;

9.3. dar ciência ao Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) de que a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017) afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993;

9.4. arquivar o processo. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de abril de 2018 – Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO”

Não obstante, **não faz sentido contratar empresa especializada sem exigir comprovação da especialização!**

Veja, o edital trouxe como objeto o seguinte:

“1- DO OBJETO

1.1 – A presente licitação tem por objeto a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA** para a prestação de serviços de gerenciamento do abastecimento de combustíveis de veículos e outros serviços prestados por postos credenciados, por meio de implantação e operação de um sistema informatizado e integrado com utilização de cartão magnético ou microprocessado e disponibilização de Rede Credenciada de Postos de Combustíveis no Estado de São Paulo, de forma a garantir a operacionalização da frota da Prefeitura Municipal de Santa Mercedes-SP

A única forma de comprovar que uma empresa é especialista, ou no mínimo tenha experiência capaz de comprovar aptidão para executar o futuro contrato, é através de apresentação de atestados fornecidos por empresas, públicas ou privadas, de modo que sejam compatíveis em características, prazos e quantidades, conforme dita a lei.

Cabe esclarecer que a Administração Pública, em suas contratações, está adstrita aos ditames legais que a regem. E nesta base de pensamento temos que a licitação é o meio administrativo pelo qual o poder público adquire os bens, obras e serviços indispensáveis ao cumprimento de suas obrigações. Em linguagem bem simples: licitação é a forma do governo fazer suas compras para garantir o desenvolvimento econômico, social e cultural da sociedade.

Em razão de seu gigantismo, o poder público, nas esferas federal, estadual e municipal, é o maior comprador de bens, serviços e obras do país. É necessário rigoroso atendimento à legislação para que esse grande volume de recursos seja aplicado com eficiência e economicidade.

É o imperativo do Art. 3º da Lei de Licitações e Contratos – *“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração (...)”*

Com isto, temos que o processo licitatório tem como objetivo escolher, dentre os vários concorrentes de cada setor, a proposta mais vantajosa para o poder público no que se refere aos aspectos de preço e qualidade. Assim, é imprescindível a promoção de real competição entre as empresas licitantes, a fim de que a compra obtenha as condições mais vantajosas para a sociedade.

Assim, cada participante deve comprovar o cumprimento dos requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital de licitação. E ao poder público, cabe a escolha da melhor proposta, a fiscalização dos bens e serviços entregues pelo vencedor e sua correta utilização em favor da população.

E para garantir a escolha da proposta mais vantajosa, não basta simplesmente o menor preço. Cientes de que rotineiramente empresas aventureiras aviltam os preços nos processos licitatórios (pregões eletrônicos) destinados à contratação de serviços terceirizados, afastando, por consequência, empresas sérias do certame, somado ao fato de que essas mesmas empresas aventureiras, posteriormente à assinatura dos contratos, não têm condições de cumpri-los, gerando os mais diversos transtornos e prejuízos ao Poder Público, concluiu-se que os órgãos públicos não podem ser silentes, sob pena de serem acusados de omissão e, eventualmente, por contratarem mal, virem a ser condenados por má gestão do erário.

Para garantir que “empresas aventureiras” não minem o processo competitivo, cabe à Administração requerer destas uma real comprovação de capacidade técnica e financeira, com base no que dispõe a legislação acima citada.

Vemos desta forma que o legislador buscou assegurar à Administração ferramentas para selecionar empresas que não são aventureiras, que estão consolidadas no mercado, estando aptas a prestar serviços continuados para a Administração, e com capacidade para executar sem dificuldades seus encargos no momento da contratação. Tendo como benefício a redução de índices de contratações mal sucedidas, pois quanto mais a contratada estiver consolidada no mercado, com capacidade operacional adequada para desempenhar seus encargos, maiores serão as chances de ela cumprir o contrato ao longo do tempo, sem solavancos ou términos inesperados que possam colocar em risco a própria continuidade dos serviços públicos ofertados pela Administração.

É notório que, ao **deixar de estabelecer exigências mínimas capacidade técnica e estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação anterior da futura contratada**, a Administração se **expõe à má contratação, arriscando todo o seu objetivo que é o bem-estar da população**.

Temos as seguintes indagações:

- *Qual a garantia da Administração de que contratará empresa com "expertise" na execução do contrato?*
- *Quem fica em situação de risco pela não apresentação dos atestados de capacidade técnica?*
- *Quem é o favorecido pela comprovação de capacidade técnica?*

A Administração não se resguarda com nenhuma garantia de que a empresa tem uma mínima experiência na execução do contrato, pois poderá ser uma aventureira no mercado buscando se capitalizar com a intermediação de recursos públicos. Será que a Administração se arriscará em contratar uma empresa que pode se tornar inadimplente no curso da execução, colocando a população em risco de não ter a frota de veículos em condição de uso, como também o comércio local que poderá ter seus pagamentos comprometidos por não receber da gestora.

Não prever que a licitante vencedora da fase de disputa comprove aptidão para desempenho de atividade pertinente e **compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**, como estabelecido no art. 30, inc. II da **Lei 8666/93, é flertar com a possibilidade de contratar empresa incapaz de cumprir o contrato**, é forçoso reconhecer que o gestor público deve se cercar de cautelas que

garantam a prestação adequada e contínua dos serviços terceirizados, sob pena de verzerados os ganhos de eficiência pretendidos.

A Lei de licitação n.º 8.666/93 determina que as licitantes devem comprovar sua qualificação técnica mediante a apresentação de Atestados que, conforme o nome já diz, **atesta que a licitante já prestou serviços**, de forma satisfatória, **para objeto compatível em características, prazos e quantidades.**

Exigir atestado em licitação pública é tão importante que o TCE/SP editou a Súmula n.º 24, onde determina que seja exigida a comprovação de 50 a 60% do objeto licitado:

SÚMULA N.º 24

Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

O TCU em julgado que analisou características necessárias à segurança da contratação de empresas prestadoras de serviço temos o seguinte:

“Quando a Administração contrata determinada empresa com capacidades técnico operacional, profissional e econômico-financeira frágeis, o prejuízo social, econômico e administrativo é certo e enorme. E é justamente desses prejuízos que a Administração do TCU deseja esquivar-se mediante a aplicação, dentre outras regras, da exigência editalícia aqui debatida e defendida” (TC 028.029/2010-0 Segunda Câmara)

E em **caso análogo**, no qual o **TRE-ES** publicou edital para contratação de vale-combustível, a Corte de Contas da União em sessão plenária, onde o Exmo. Min. Rel. José Múcio Monteiro descortinou o assunto com o seguinte entendimento:

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário TC 005.316/2018-9

Natureza: Representação

(...)

16. *Cumpra ainda ressaltar que esta Corte de Contas expediu orientações acerca da matéria que, a meu ver, também deixam assente a natureza compulsória da*

exigência de habilitação (Licitações e contratos – orientações e jurisprudência do TCU, ed. 4, Brasília, 2010, p. 332, grifamos):

‘É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira dos licitantes.

Exigências habilitatórias (...) devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.’

17. Reputo, dessa forma, que a Lei 8.666/1993 visa evitar o estabelecimento de exigências excessivas, sem, no entanto, deixar de impor que sejam apresentados – em todos os procedimentos licitatórios, salvo naqueles em que a própria lei autorize a dispensa – os documentos e condições minimamente suficientes para comprovar que os interessados estejam habilitados em todos os aspectos por ela estipulados.

(...)

5. Desse modo, cabe perquirir, neste processo, o grau de obrigatoriedade dessas exigências nas licitações públicas e quais efeitos sua eventual ausência teriam sobre a validade do certame.

6. Como salientado nos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, reproduzidos no relatório que precede este voto, a jurisprudência e a doutrina são razoavelmente consensuais no entendimento de que a exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração.

(...)

Ata nº 14/2018 – Plenário Data da Sessão: 25/4/2018 – Ordinária Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Aroldo Cedraz e José Múcio Monteiro (Relator).

Claro está que a disposições legais do art. 30, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993 são OBRIGATÓRIOS, e em atenção os princípios da razoabilidade e da isonomia, esses, por sua vez não podem ser genéricos, imprecisos e omissos nos parâmetros objetivos para análise da comprovação aptos a demonstrar a habilitação técnica no fornecimento das insulinas.

E isto vemos de forma taxativa na posição do TCU, publicada em seu Boletim de Jurisprudência nº 261 de 06/05/2019:

*Acórdão 914/2019 Plenário (Representação, Relator Ministra Ana Arraes)
Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Quantidade.
Prazo. Referência.*

É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha fornecido bens pertinentes e compatíveis em CARACTERÍSTICAS, QUANTIDADES E PRAZOS com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993).

A exigência de atestado serve para, sobretudo, resguardar a própria Administração no futuro, pois poderá contratar com empresa que não tem a capacidade de gerenciar um contrato de grande porte, como no presente caso, e não executar o contrato, trazendo prejuízos para a sociedade.

É conclusivo o entendimento que é **DEVER** exigir Atestados de Capacidade Técnica e **OBRIGATÓRIO** estabelecimento de parâmetros objetivos em **CARACTERÍSTICAS, QUANTIDADES (50 a 60% - Súmula 24 TCE/SP) E PRAZOS** para sua análise, sob pena de ferir o art. 3º da Lei 8.666/93 que em seu cerne de buscar “a seleção da proposta mais vantajosa para a administração”!

PONTO 03 - DO VALOR DO COMBUSTÍVEL COM BASE NOS PREÇOS MÉDIOS PRATICADOS PELA ANP

Outra ilegalidade está presente na imposição de um limite (teto) no pagamento da aquisição de produtos, através de uma PESQUISA de preços por uma Agência **não Reguladora de preços** para o setor.

A cláusula ilegal do Anexo VIII – Minuta de Contrato assim exigem:

*8.16. Os preços dos combustíveis **terão como parâmetro restritivo** para utilização do cartão, **o limite estabelecido para o preço unitário (médio) do mês anterior** ao da efetivação do abastecimento, por município, onde está instalada a base operacional da frota, disponibilizado no endereço eletrônico: www.anp.gov.br **da ANP** – Agência Nacional de Petróleo para os diversos tipos de combustíveis.*

Não custa lembrar que a Agência Nacional do Petróleo – ANP divulga apenas os preços praticados em cada região do país, logo, não é um órgão regulador de preços. **Repita-se: a ANP NÃO REGULA preços.**

É fundamental registrar que a Agência Nacional do Petróleo não tem poder de obrigar estes postos a limitarem seus preços pelo valor médio **PESQUISADO** e apenas informado em sua tabela.

Portanto, **nem a Contratada e a própria ANP têm força legal ou contratual para obrigar os estabelecimentos a comercializarem seus produtos dentro de um valor meramente informativo para que a população tenha conhecimento.**

Logo, **a ANP não regula preços de combustíveis para que sua simples pesquisa de preços possa ter força balizadora e limitadora.**

A própria Agência Nacional do Petróleo, por meio da Nota Técnica SDR/ANP n.º 068/2018 assim se manifestou:

Nota Técnica SDR/ANP n.º 068/2018

Rio de Janeiro, 2 de agosto de 2018.

Assunto: proposição de regulamentação com o objetivo de ampliar a transparência na formação dos preços de derivados de petróleo e biocombustíveis.

Ref.: Nota Técnica Conjunta n.º 1/2018/DG/DIR1/DIR2/SBQ/CPT/ANP, de 16/07/2018 (SID n.º 00610.095449/2018-05); Ofício 2.019/2018/CADE, de 16/05/2018, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (SID n.º 00600.006292/2018-62).

I. INTRODUÇÃO

1. Desde o ano de 2002, por força de Lei, vigora no Brasil o regime de liberdade de preços em todos os segmentos do mercado de combustíveis e derivados de petróleo: produção, distribuição e revenda. Isso significa que não há tabelamento ou exigência de autorização oficial prévia para reajustes.

13. A Lei, no entanto, não conferiu à Agência a atribuição de regular preços, tampouco a quantidade ofertada, devendo atingir o objetivo legal, quanto a estes aspectos, por meio da proteção do processo competitivo nos mercados.

Reproduzindo a informação, desde 2002 a ANP não regula preços de combustíveis, sendo que ela **DECLARA** que vigora no país o “regime da liberdade de preços”.

Não significa dizer que a Administração Pública Contratante possa abastecer em qualquer posto e depois requerer a diferença de preços da Contratada, empresa privada que atua como simples gerenciadora do sistema.

Portanto, se a ANP, que não regula preços e não coloca limites de gastos para os órgãos públicos, faz uma mera pesquisa de preços, **competete ao gestor da CONTRATANTE realizar os abastecimentos nos postos que praticam preços dentro do limite que determinar internamente**, seja o preço mínimo, médio ou máximo.

Porém, esta determinação tem que ser interna da Contratante e não empurrar “goela abaixo” como sendo responsabilidade da Contratada.

Até porque, quem dirige o veículo e determina o posto que efetuará o abastecimento é o condutor da Contratante.

A lógica e ideia principal do sistema de gerenciamento é o fornecimento de um sistema informatizado para registrar e gerenciar os abastecimentos (quantidade, km do veículo, condutor, preço, etc) e colocar à disposição da Contratante uma quantidade razoável de postos para que, a sua escolha, portanto, discricionariamente, realize os abastecimentos dos veículos, tendo em mente que a discricionariedade está vinculada ao princípio da economicidade, logo, deve direcionar para os postos cujos preços são os menores.

Não obstante, como citado acima, a tabela indicada no endereço eletrônico, verifica-se a existência dos valores (i) mínimo; (ii) médio; e, (iii) máximo, ao passo que o edital indica que serão faturados preços à vista do posto no momento do abastecimento, desde que esteja abaixo do valor MÉDIO da citada tabela.

Antes de adentrar no mérito, faz-se necessário entender que os órgãos públicos de toda a República Federativa do Brasil contratavam diretamente com os postos de combustíveis, também conhecido como terceirização.

Diante das dificuldades operacionais enfrentadas na execução dos contratos, tais como, abastecimento somente nas dependências do Posto Contratado, Liberação frequente de verbas em regime de adiantamento, falta de controle da frota, entre outros, viu-se a oportunidade de oferecer um serviço à Administração Pública que não fosse tão engessado como aquele modelo.

Nasceu, então, o modelo de gerenciamento de frota, denominado de quarteirização, onde uma empresa se coloca entre a Contratante e o posto de combustível, oferecendo-lhe, ainda, um sistema para gerenciar todos os abastecimentos, trazendo mais garantia e controle sobre os gastos públicos.

No atual modelo de Contrato perseguido, **objetiva-se contratação de uma empresa GERENCIADORA** (não revendedora), sendo que esta disponibiliza à **Contratante** um sistema informatizado juntamente com uma Rede de Postos Credenciados, ao passo que aquela poderá, mediante obediência aos princípios da economicidade e outros correlatos, abastecer sua frota.

Portanto, o sistema ofertado por essa empresa é de AUTOGESTÃO dos abastecimentos dos veículos pertencentes a frota do ente público, ou seja, **necessita da atuação do gestor do contrato, a quem compete a parametrização no sistema** (criação de regras) de acordo com suas necessidades, **principalmente, verificar via sistema os preços praticados pelos postos e direcionar os abastecimentos aqueles que praticam o menor valor**, neste se inclui **direcionar para o posto que tem preço abaixo da média da ANP.**

De tal modo, a partir da parametrização do sistema pelo administrador **todas as transações realizadas junto aos estabelecimentos credenciados ocorrerão com estrita observância às restrições relacionadas aos usuários e veículos.** Assim, devido ao fato de não haverem parametrizações de bloqueios estabelecidas pelo Gestor, tais abastecimentos podem ser realizados sem que se busque a economia aos cofres públicos.

Em que pese o setor privado evoluir para melhor a gestão pública, trazendo inovações na prestação de serviços, cada vez mais os órgãos públicos impõem às Contratadas obrigações pesadas e muitas delas até ilegais, culminando em prejuízos as mesmas.

É o que ocorre no presente caso.

Independentemente de regras, conforme será abordado a seguir, compete à Contratante selecionar o abastecimento mais vantajoso, visando proteger o erário público de “contratações” dentro do sistema que não são vantajosas.

Mister allear que a empresa a ser contratada não comercializa combustível, portanto, não tem o controle dos valores praticados pela Rede Credenciada, nem tampouco pode exercer influência sobre a sua fixação.

Em exemplo clássico, pode-se imaginar que as Gerenciadoras de cartão vale-alimentação não têm força e/ou competência para limitar o valor dos produtos (arroz, feijão, etc.) de seus estabelecimentos conveniados (Rede) com base no DIEESE.

Neste caso, não poderia a Contratante estipular que tais produtos tenham um limite e que nas compras acima deste limite a diferença seja paga pela Contratada, ora Gerenciadora dos vale-alimentação.

Da forma como ocorre no sistema de gerenciamento de vale-alimentação ocorre no sistema de gerenciamento de abastecimento (combustível), onde a Contratada oferece uma ferramenta para gerenciar os abastecimentos e uma lista de postos conveniados para realizar os abastecimentos.

Porém, se no sistema de vale-alimentação o detentor tem a faculdade de realizar suas compras no estabelecimento que pratica melhores preços, no sistema de abastecimento tem o dever de realizar o abastecimento no de menor preço, visando economia aos cofres públicos.

Esta responsabilidade não pode ser transferida para a Contratada, mediante glosa de valores e tendo como parâmetro tabela que não determina preços, mas tão somente faz uma pesquisa de mercado e informa a população.

Portanto, em que pese a discricionariedade de a Contratante efetuar os abastecimentos nos postos credenciados, estes devem ocorrer, como dito alhures, naqueles que praticam o menor preço dentre os critérios parametrizados no sistema informatizado pelo Gestor.

Conforme se observa da imagem abaixo, extraída do site da ANP, ela declara que efetua um simples LEVANTAMENTO DOS PREÇOS publicados pelas distribuidoras e revendedoras de combustíveis, bem como informa as margens de Comercialização (preços mínimos, médios e máximos):

Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis

Em virtude do feriado de Natal, a ANP publicará na próxima segunda-feira, dia 30/12/19, o resultado do Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis referente ao período de 22/12/19 a 28/12/19.

Uma das atribuições da ANP é implementar a política nacional de petróleo e gás natural e garantir a proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta de produtos (Lei nº 9478/97, artigo 8º).

Cumprindo essa determinação, a Agência promove uma pesquisa de preços semanal para acompanhar os preços praticados pelas distribuidoras e postos revendedores de combustíveis.

Atualmente, o Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis (LPMCC) abrange gasolina comum, etanol hidratado combustível (álcool etílico hidratado combustível - AEHC), óleo diesel não aditivado, óleo diesel S-10, gás natural veicular (GNV) e gás liquefeito de petróleo (GLP - botijão de 13 quilos), pesquisados em 459 localidades, de acordo com procedimentos estabelecidos pela Portaria ANP nº 202, de 15/8/2000.

Clique aqui para pesquisar o Levantamento de Preços.

Pesquisado em 03/01/2020 em <http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/levantamento-de-precos>

Ainda, define suas atribuições como: **REGULAR o funcionamento** de indústrias e comércio de petróleo e **FISCALIZAR as normas** nas atividades dos setores:

The screenshot shows the ANP website interface. At the top, there is a search bar and navigation links for accessibility, contrast, and site map. The main content area is titled 'ATRIBUIÇÕES DA ANP' and is divided into three columns:

- REGULAR:** Estabelecer as normas infralegais (resoluções, instruções normativas) para o funcionamento das indústrias e do comércio de petróleo, gás natural e biocombustíveis.
- CONTRATAR:** Outorgar autorizações para as atividades dos setores regulados; promover licitações e assinar contratos em nome da União com os concessionários para atividades de exploração, desenvolvimento e produção.
- FISCALIZAR:** Fazer cumprir as normas nas atividades dos setores regulados, diretamente ou mediante convênios com outros órgãos públicos.

Importante registrar que nem sempre os mesmos postos são consultados todos os meses, bem como a quantidade de postos consultados varia mês a mês. Portanto, a tabela da ANP não possui uma regularidade na pesquisa, tornando-a inócua para o fim de fixar os preços a serem pagos pela Contratante.

As licitantes não podem regular os valores praticados pelos postos de combustíveis, **assim como a própria ANP não regula.**

A Contratada disponibilizará uma rede de postos, sendo que a Contratante, responsável pelo erário público que lhe é confiado, deve abastecer no posto com o menor preço ou abastecer em qualquer posto, independentemente do preços, e obrigar a Contratada que arque com a diferença entre o preço abastecido e aquele que deveria ter sido abastecido pelo princípio da economicidade e da seleção da proposta mais vantajosa?

Importante consignar que a Tabela da ANP traz uma média dos preços praticados, e nesta mesma visão, cumpre frisar que o sistema de gerenciamento permite verificar quais postos credenciados estão praticando os melhores preços. Portanto, o gestor do contrato poderá, em tempo real, verificar o posto com o melhor preço (dentro da média da ANP) e direcionar os veículos para referido posto.

Considerando que a ANP divulga uma lista de postos e seus respectivos preços, **cabe ao gestor do Contrato direcionar os veículos para o abastecimento no posto que pratica preços abaixo da média, ou ainda no de menor preço, velando, inclusive, pelo princípio da economicidade.**

Pelo exposto acima, resta claro que compete ao gestor do contrato fiscalizar, por intermédio do sistema de gerenciamento, quais os postos em que os usuários poderão efetuar o abastecimento, devendo sempre primar pelo menor valor oferecido pelos estabelecimentos credenciados.

Tanto é assim, que em decisão de impugnação ao seu edital de gerenciamento de frotas, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ex vi:

*PREGÃO Nº 03/2011 - ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO, ESCLARECIMENTOS E REMARCAÇÃO DA DATA DE ABERTURA
Proc. TC 72-000.370.11.37- Objeto: contratação de empresa especializada para fornecimento e administração de cartões magnéticos ou eletrônicos para aquisição de combustível em rede credenciada de postos, pelo período de 24 meses:*

(...)

Afora essa condição, a empresa contratada compromete-se a divulgar, periodicamente, os preços dos combustíveis praticados nos postos da rede conveniada, possibilitando à Administração, através do acompanhamento e do controle a ser exercido sobre os preços, com base na tabela atualizada divulgada pela ANP, ou resultantes de consulta ao mercado, direcionar o abastecimento

da frota para os postos que, eventualmente, estiverem vendendo o produto mais barato. Essas vantagens ganham uma maior visibilidade se considerarmos, ainda, que o pagamento a ser efetuado ao administrador do cartão, a título de reembolso pelo consumo de combustível, poderá ser realizado no prazo de até trinta dias, de acordo com a prática observada no mercado. (Diário Oficial do Estado de São Paulo (DOSP) - 25/05/2011 - Cidade - Pg. 129)

Recentemente o **Tribunal de Contas do Município de São Paulo** em decisão de impugnação do edital abordou o preço médio indexado pela ANP, ex vi:

REPRESENTAÇÃO FORMULADA CONTRA O EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL NO 15/2017, PROCESSO NO 556/2017, do tipo menor taxa de administração, promovido pela Câmara Municipal de Jaboticabal, objetivando a contratação da prestação de serviços de gerenciamento do abastecimento de combustíveis nos veículos da Câmara Municipal de Jaboticabal, com disponibilização de rede credenciada de postos de combustíveis, por meio de implantação e operação de sistema informatizado e integrado com utilização de cartão micro processado, cujas especificações técnicas e quantitativas encontram-se descritas no Anexo I - Termo de Referência.

Proc 15992.989.17-8

(...)

c) Limitação dos valores dos preços praticados pela rede credenciada, consoante previsão contida no subitem 1.3.5, in verbis: “1.3.5. Os valores máximos dos combustíveis fornecidos pela rede credenciada serão faturados de acordo com o preço médio da ANP no Município que se der o abastecimento, tendo como referência o valor do mês anterior ao efetivo abastecimento, ou do valor negociado diretamente com o estabelecimento, caso essa possibilidade tenha sido efetivada, prevalecendo sempre o menor preço.”

Sobre isso, entende que determinar que os preços a serem pagos aos postos credenciados sejam os médios da ANP (Agência Nacional de Petróleo) do mês anterior ao abastecimento causa um absoluto desequilíbrio ao comércio de combustíveis local, e conseqüentemente à própria Municipalidade, haja vista que ou se negarão a se credenciar junto à Administradora ou repassarão os custos à população em geral.

(...)

Decido.

Examinando os termos da presente Representação, pude visualizar disposições editalícias que, ao menos em tese, estão em desacordo com a legislação de regência e a jurisprudência deste Tribunal.

(...)

Veja, a ANP realiza uma pesquisa de mercado em determinada cidade, de modo que dentre os valores consultados ela informa, apenas, o valor máximo pesquisado, o valor mínimo pesquisado e a média auferida entre todos os valores consultados.

Isso porque exigir a média de preços de uma cidade diferente de onde os abastecimentos são realizados é completamente um absurdo, tendo em vista que os fatores determinantes para precificação dos combustíveis variam conforme a região.

Com certeza os preços de uma cidade serão diferentes da outra, de modo que se recair à Contratada eventual diferença de preços, afetará diretamente as condições efetivas da proposta, garantia constitucional para determinar a realização de licitação, veja-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, **com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Deste modo, a efetividade da proposta se dá através do preço de bomba no momento do abastecimento, ainda que estes sofram “flutuação do mercado”, mas sempre será o valor de bomba.

Neste sentido, o TCU, nos autos do Processo TC 018.046/2018-5, de autoria da empresa PRIME, já se manifestou nos seguintes termos:

Instrução SECEX

*De outro plano, parece-nos, num juízo preliminar de delibação, que limitar o preço dos combustíveis à média divulgada pela ANP para a localidade, pagando à futura contratada o menor dos valores entre aquele parâmetro e o praticado na bomba, e, ainda, fazer recair sobre a gerenciadora o ônus de suportar eventual diferença, **traz insegurança à contratação com riscos de quebra da equação econômico-financeira e quiçá, perspectiva de rescisão futura.***

*Como se sabe, nesse ramo os preços sofrem significativa flutuação, além do que preço médio não significa preço máximo, de modo que em determinada cidade, em função da distância ou de outra particularidade, se o preço for superior à média, **mas se estiver dentro das balizas do limite extremo, não haveria, a princípio, afronta ao princípio da vantajosidade.** Observe-se que diversos são os Campi abrangidos pelo certame, além de outras rotas estratégicas*

descritas nos itens 5.1.1 e 13 do Termo de Referência (peça 4, p. 5 e 12-14). Portanto, em juízo precário, próprio da análise de pedido cautelar, manter como referencial de aceitação o preço médio da ANP pode comprometer a execução do objeto pretendido.

Há que se questionar, ainda, nesse contexto, o fato de as empresas de administração e gerenciamento de combustíveis não possuírem qualquer ingerência sobre os postos credenciados no tocante à determinação do preço final de cada combustível, sequer existindo legislação que obrigue os mesmos a praticarem os preços divulgados pela ANP. Coerente com essa visão, o próprio termo de referência não insere tal atribuição no rol de atribuições da contratada (item 10 e subitens do Termo de Referência, peça 4, p. 10-11). Da forma como concebido o edital em apreço as empresas do segmento de gestão de frota passam a assumir a responsabilidade pelos preços que serão praticados.

Por se tratar de critério de julgamento das propostas (qual o preço a ser considerado no momento do abastecimento dos veículos e que servirá de remuneração à contratada?) e de base para futuros reajustes ao longo da execução contratual tem repercussão direta no sucesso do certame.

Quanto ao outro argumento invocado, de que competiria à Administração, na pessoa do fiscal/gestor do contrato, conferir, através de sistema de gerenciamento os valores praticados pelos estabelecimentos credenciados, cabe destacar que procede em parte, tanto é verdade que o termo de referência assim o prevê expressamente (itens 5.1.4 e 9.5, peça 4, p. 5 e 10), todavia a contratada, na condição de intermediadora do fornecimento de combustível, deve disponibilizar o suporte necessário ao agente público no gerenciamento de suas operações, promovendo, inclusive, o credenciamento/descredenciamento de postos que usualmente pratiquem preços melhores ou abusivos, respectivamente, auxiliando na tomada de decisão pela entidade contratante, de direcionar seus colaboradores a locais com preços mais próximos da realidade do mercado, em obséquio ao princípio da economicidade. Há, portanto, partilha de responsabilidades na gestão contratual.

5.2.9. À vista do exposto, reputa-se, a princípio, plausível parte dos argumentos trazidos pela representante no tocante ao estabelecimento de limitação de preço ao apresentado pela média divulgada pela ANP e à atribuição à pessoa da contratada do ônus de arcar com eventuais diferenças, ante os argumentos expendidos nos itens precedentes.

DESPACHO DO RELATOR

DESPACHO

Acolho a instrução da unidade técnica (peças 9 e 10) e DECIDO:

a) com fundamento nos arts. 235 e 237, VI, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014, conhecer da representação formulada pela empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda contra possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico para Registro de Preços 24/2018, promovido pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro (UASG nº 158099), visando à contratação de empresa para prestação de serviço de gerenciamento informatizado de combustíveis, envolvendo a implantação e o fornecimento (gasolina, etanol e diesel) com

utilização de cartão eletrônico ou magnético para os veículos oficiais da Reitoria e de seus Campi, ao custo total estimado de R\$ 1.281.864,25;

ACÓRDÃO N° 6205/2018 - TCU - 1ª Câmara

*Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária da Primeira Câmara, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 43, inciso I, da Lei 8.443/92, c/c os arts. 143, 237, parágrafo único, e 250 do Regimento Interno, quanto ao processo a seguir relacionado, **em conhecer da representação**, considerar prejudicado o pedido de medida cautelar, **no mérito, julgar a representação procedente** e determinar o arquivamento dos autos, dando-se ciência ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro e à representante deste acórdão e da instrução da Secretaria de Controle Externo no Estado de Minas Gerais que a fundamenta:*

1. Processo TC-018.046/2018-5 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Responsável: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro (10.695.891/0001-00)

1.2. Interessado: Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda (05.340.639/0001-30)

1.3. Órgão/Entidade: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro

1.4. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

1.5. Representante do Ministério Público: não atuou

1.6. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado de Minas Gerais (SECEX-MG).

1.7. Representação legal: Anselmo da Silva Ribas (193.321/OAB-SP) E Renato Lopes (406.595-B/OAB-SP), representando Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda.

1.8. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

Dados da Sessão: Ata n° 21/2018 - 1ª Câmara / Data: 26/6/2018 - Extraordinária - Relator: Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES.

Pelo exposto acima, resta claro que limitar o preço/desconto pela média da ANP e **atribuir à Contratada o ônus de eventual diferença de preços é ilegal** e deve ser excluída, pois, restritiva à participação das licitantes, conforme já comprovado pela rescisão do contrato e resultado deserto da licitação anterior.

PONTO 04 - DO DESCONTO NO PAGAMENTO ANTECIPADO

Outra ilegalidade constatada reside na imposição de desconto quando o pagamento ocorrer de forma “antecipada”:

Anexo VIII - Minuta de Contrato

CLÁUSULA QUARTA DO PAGAMENTO

[...]

PARÁGRAFO QUINTO. Ocorrendo antecipação de pagamento, sempre em correspondência à antecipação de execução, o respectivo desconto, seja a requerimento do contratado ou no interesse da Administração, será calculado aplicando-se o índice de 0,1% (um décimo por cento) por dia de antecipação.

Entretanto, para compreender o assunto, deve-se conhecer o prazo de pagamento conferido pela lei aos contratos administrativos.

A lei geral de licitação n.º 8.666/93, determina o prazo de pagamento dos contratos da seguinte forma:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

[...]

§ 3º Observados o disposto no caput, os pagamentos decorrentes de despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do art. 24, sem prejuízo do que dispõe seu parágrafo único, deverão ser efetuados no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados da apresentação da fatura.

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**

[...]

XIV - condições de pagamento, prevendo:

- a) **prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;**
- b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
- c) **critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;**

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização

monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

A lei n.º 8.666/93, a qual possibilitou COMPENSAÇÃO por eventuais antecipação de pagamento, estabeleceu que o prazo de pagamento não seja superior a 30 dias da data do adimplemento da obrigação pela contrata.

Muito embora a lei permita o pagamento até (i) 05 (cinco) dias úteis e (ii) 30 (trinta) dias corridos após a prestação do serviço (apresentação da NF), não significa dizer que o pagamento deva acontecer nestes prazos.

Veja-se que é uma condição especial de pagamento não obrigatório, mas se utilizado **deve acompanhar da correspondente atualização** de seu valor **desde o dia do adimplemento da obrigação pela contratada**.

Trocando miúdos, **a Contratante deve efetuar o pagamento imediatamente a prestação dos serviços ou fazê-lo em até 30 dias mediante a atualização do valor devido**.

Assim, a referida lei estabeleceu que, a partir do dia em que a Contratada cumprir sua obrigação e apresentar a nota fiscal, a Contratante tem o **privilégio** de efetuar o **pagamento em ATÉ 30 dias consecutivos**. Isso não significa dizer o deverá pagar exatamente no trigésimo dia. O que a lei previu foi a faculdade de pagar entre o dia 01 e o dia 30, conforme suas regras, de modo que, repita-se, se ocorrer no 10º dia, **deve conter a atualização financeira**.

A antecipação de pagamento previsto no texto acima não se refere ao adiantamento de pagamento quanto ao prazo de pagamento, pois, como dito acima, a Contratante tem um período para realizar o pagamento, do dia 01 ao dia 30, desde que devidamente ATUALIZADO.

O prazo não é fixo no dia 30, de modo que se o pagamento ocorrer no dia 10 ou 15, por exemplo, ocorra a antecipação do pagamento. Pelo Contrário, a lei determina que o pagamento efetuado após o adimplemento pela Contrata, o pagamento deve ocorrer de forma devidamente atualizada.

Na verdade, ocorrendo este fato estará ocorrendo o pagamento dentro do prazo normal, qual seja, até 30 dias após o adimplemento da obrigação pela Contratada.

A antecipação a qual se refere a lei, está intimamente ligada ao pagamento prévio ao cumprimento da obrigação pela contratada, ou seja, justamente quando os serviços ainda não foram prestados, caso distinto ao previsto no edital.

Portanto, a regra geral para pagamento é imediatamente após a prestação dos serviços, vedado qualquer desconto do pagamento devido a contratada, **quando os serviços já tiverem sido prestados.**

Esta é a interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo, que, aliás, está no mesmo sentido do art. 65 da Lei n.º 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;*
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;*

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;*
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;*
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, **vedada a antecipação do pagamento**, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;*

Esta é a intenção da Lei n.º 8.666/93, que em alguns casos, ser possível antecipar o pagamento antes de a Contratada ter entregue o produtos ou serviço, caso em que poderá exigir uma COMPENSAÇÃO.

Como dito, deve, obrigatoriamente, ocorrer a **atualização monetária no caso de pagamento posterior à data do adimplemento contratual**, conforme arts. 40 e 55 da Lei n.º 8.666/93:

Art. 40. **O edital** conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**

[...]

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) **prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;**

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) **critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;**

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, **os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;**

Muito embora a lei permita o pagamento até 30 dias após a prestação do serviço (apresentação da NF), também trouxe obrigação para a Contratante de atualizar o valor devido entre a data do adimplemento (prestação do serviço) até a data do efetivo pagamento e não desconto por suposta antecipação.

Esta condição deve estar explícita no Edital, por força dos dispositivos acima conterem a expressão “o edital... indicará, obrigatoriamente...” e “São cláusulas necessárias em todo contrato...”.

Sendo assim, além de requerer a exclusão da cláusula 18.5 do edital por ser totalmente ilegal (distorção do entendimento quanto à alínea “d” do inc. XIV do art. 40 da lei n.º 8.666/93), requer ainda a inclusão de cláusula que preveja a ATUALIZAÇÃO desde a data do ADIMPLENTO pela Contratada até a data do efetivo pagamento, o que não se trata da cláusula 18.4 do edital, pois esta trata apenas de atraso, ou seja, posterior ao prazo fixado no edital.

Essa exclusão de desconto por suposta antecipação de pagamento se faz necessária, sobretudo, pela baixa lucratividade que gira em torno da taxa administrativa. Veja, a disputa se dará em percentual de desconto, onde a consagração do vencedor se dará por décimos ou até milésimos de percentual. Deste modo, como a Contratada poderá

sofrer desconto ilegal na ordem de 0,1%, ao dia de antecipação do pagamento que lhe é devido.

Portanto, além de a natureza remuneratória do futuro contrato não comportar descontos desta ordem, tal previsão é ilegal, pois, não prevista na lei, devendo, pois, ser excluída do edital.

IV - DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer se digne o i. pregoeiro a **JULGAR PROCEDENTE A PRESENTE IMPUGNAÇÃO** a proceder as seguintes alterações:

- i. Adequar as exigências de Habilitação – Qualificação econômico-financeiro, incluindo os documentos obrigatórios e taxativos do art. 31 da Lei n.º 8.666/93 (Balanco Patrimonial, índices contábeis e Certidão negativa de falência), conforme obrigatoriedade do art. 32 da lei n.º 8.666/93;
- ii. Adequar as exigências de Habilitação – Qualificação Técnica, incluindo obrigatoriedade de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica, propriamente dito, bem como estabelecer critérios objetivos nos atestados de capacidade técnica tais como: “compatíveis em CARACTERÍSTICAS, QUANTIDADES (50% - conforme súmula 24 do TCE/SP) E PRAZOS com o objeto da licitação”;
- iii. Excluir do Edital e seus Anexos, qualquer previsão que limita o faturamento pelo preço MÉDIO da tabela da ANP, alternativamente retificar para consta o valor MÁXIMA da ANP
- iv. Excluir o PARÁGRAFO QUINTO DA CLÁUSULA QUARTA do Anexo VIII – Minuta de Contrato do edital, o qual prevê desconto no pagamento “antecipado” após a prestação dos serviços, hipótese ilegal (não prevista em lei);

- v. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais.

Na improvável hipótese de indeferimento da impugnação apresentada, requer-se desde já cópias dos autos do processo licitatório, para salvaguarda dos direitos da Impugnante, sem prejuízo das ações judiciais cabíveis (Mandado de Segurança), bem como para comunicação aos órgãos de fiscalização externos (Ministério Público e Tribunal de Contas).

Termos em que,

Pede Deferimento.

Santana de Parnaíba/SP, 13 de setembro de 2021.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.
Tiago dos Reis Magoga - OAB/SP 283.834